Lima, agosto de 2007 - año 6
Revista de actualidad jurídica

enfoque DERECHO 63



PUNTO DE VISTA

¿Para mejorar el funcionamiento de la Administración Pública era necesario aprobar la Ley N° 29060 de Silencio Administrativo?

Jorge Danós

La Conferencia Internacional de "Global Majority" en Amán, Jordan, en el marco de violencia de Gaza, Irán y Líbano

William W. Monning

ENFOCADOS

En Busca de la Utopía

Francisco Távara

DE REOJO

Machu Picchu. Un patrimonio que maravilla

Inés del Águila

ZOOM

La Extradición de Fujimori

José C. Ugaz

BAJO LA LUPA

¿Son inconstitucionales las jornadas atípicas?

Andrea Vera

Una Publicación de
THĒMIS

INDICE

En la mira
De las asociaciones de estudiantes en general y de THEMIS en particular 3

Abriendo los Ojos
Grado de Inversión: Objetivo Nacional a corto plazo
Alvaro Palao 4

Punto de Vista
¿Para mejorar el funcionamiento de la Administración Pública era necesario aprobar la Ley N° 29060 de Silencio Administrativo?
Jorge Danós 4

La Conferencia Internacional de "Global Majority" en Amán, Jordan, en el marco de violencia de Gaza, Irán y Líbano
William W. Monning 5

De Reojo
Machu Picchu. Un patrimonio que maravilla
Inés del Águila Ríos 6

Enfocados
En Busca de la Utopía
Francisco Távara 8

Vistazo Legal
TLC Laboral
Jorge Toyama 10

Relevancia penal del manejo de la información privilegiada en el sistema financiero
Roger Yon 10

"Holding Certificates" ... ¡Otra vez!
Julio Guadalupe 11

"La matemática conceptual" y el por qué se critica a los abogados
Alejandro José Rospigliosi 11

Una nueva definición del principio precautorio
Patrick Wieland 12

Zoom
La Extradición de Fujimori
José C. Ugaz 13

De Observancia Obligatoria
Urgente. Aviso previo a ejecución judicial.
Cecilia O'Neill 14

Bajo la Lupa
¿Son inconstitucionales las jornadas atípicas?
Andrea Vera 14

enfoque DERECHO 63

Sugerencias y comentarios a:
enfoque@revistathemis.com

De las asociaciones de estudiantes en general y de THEMIS en particular

Hoy en día son diversas las asociaciones de estudiantes que tienen como fin supremo la difusión de la cultura jurídica en el Perú. Sin duda alguna, dicha iniciativa es aplaudida por los diversos estudiosos del derecho como profesores, abogados que ejercen su profesión en una firma, abogados de empresas, jueces, personas que trabajan en la administración pública y estudiantes. Cada una de estas asociaciones cumple un rol fundamental en nuestro medio: además de contribuir al desarrollo de la cultura jurídica en nuestro país, generan un ambiente de sana competencia en el que se permite que cada una de éstas puedan buscar un mayor grado de superación, comparándose con el resto de las asociaciones.

En estricto, la PUCP es la "cuna" de las asociaciones de estudiantes, pues ahí han surgidos la gran mayoría de éstas y, además, es ahí donde surgió la primera: THEMIS. La iniciativa de THEMIS surgió en 1965 lanzando la primera publicación de THEMIS-Revista de Derecho y, desde ese entonces, cada una de sus publicaciones ha sido motivo de lectura exhaustiva. Luego de algún tiempo en que THEMIS-Revista de Derecho ya se habia hecho un lugar muy importante en el mercado de las publicaciones jurídicas, empezó la onda expansiva de THEMIS: se organizaron seminarios tanto en Lima como en provincias; se publicó Enfoque Derecho, una nueva revista de corte mensual, buscando tocar los temas más relevantes de nuestra actualidad jurídica; se elaboraron talleres de repaso para algunos cursos de la Facultad de Derecho, reforzando de esta forma la relación con el alumnado; se creó la comisión de Desarrollo Social, buscando elaborar proyectos sociales y brindando asesoría jurídica a quienes no gozan de ella por evidentes problemas de acceso a la justicia; y así, muchos otros proyectos y actividades relacionados con el derecho.

Particularmente, quisiera aprovechar este espacio para manifestar abiertamente mi cariño y orgullo por lo que es, hoy por hoy, Enfoque Derecho. Y es que después de tanto tiempo de trabajar por este producto (dos años y medio o, traducido de otro modo, con 30 ediciones de Enfoque Derecho de por medio), ha llegado el momento de dar un paso al costado. Pero ojo, es sólo "un paso al costado"; uno bien chico y al costado, no hacia atrás. Cabe la precisión porque en una publicación de una asociación amiga se dijo que en las instituciones las personas pasan y son éstas (las instituciones) las que quedan, y considero que ello no es del todo cierto. Como bien lo dijo Miguel Morachimo (miembro actual de THEMIS y amigo) en el evento de despedida de miembros de THEMIS, "en THEMIS no es que las personas se vayan, sino que THEMIS crece". Crece porque somos cada vez más los ex miembros y porque la institución se sigue superando y desarrollando. Finalmente, los que ahora nos vamos seremos miembros inactivos de THEMIS (pero todavía miembros) y, como tales, tenemos el deber de apoyar en todo lo que nos sea posible, desde nuestra nueva posición.

¿Las personas simplemente pasan en las instituciones? No lo creo. En THEMIS las personas "llegan" para quedarse y formar parte de este gran "todo" que es la institución. ¿Qué sería de THEMIS sin sus ex miembros (o mejor dicho, "miembros inactivos")? Definitivamente no sería lo mismo, y creo que la gran mayoría de las asociaciones de estudiantes (sino todas) comparten esta opinión.

Finalmente, sólo queria aprovechar este medio para extender un cariñoso saludo y dar las gracias a cada uno de los colaboradores de Enfoque Derecho; en especial, agradecer a cada uno de los columnistas y miembros del panel de analistas por su constante apoyo y colaboración con nosotros, al igual que a cada uno de los miembros que están y que estuvieron en la comisión de Actualidad Jurídica, encargada de esta publicación.

La responsabilidad de los miembros que lleguen a cada una de las asociaciones es inmensa ya que tendrán en sus manos no sólo el trabajo que reciban en ese momento, sino también el trabajo de quienes perteneceremos por siempre en ellas aunque de otra forma, bajo otro estatus, pues este crecimiento que se debe dar (y que en el caso de THEMIS, se da) es un proceso inagotable, interminable, infinito; y eso es lo bueno.

El Director



Enfocando la realidad

Punto de Vista

¿Para mejorar el funcionamiento de la Administración Pública era necesario aprobar la Ley N° 29060 de Silencio Administrativo?

Jorge Danós

Para contestar a la pregunta del título es indispensable recordar que la vigente Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General (2001) ya establece que toda entidad pública debe clasificar en su respectivo TUPA a los procedimientos administrativos que le corresponde tramitar a pedido de los particulares en dos grupos: (i) Procedimientos de Aprobación automática (licencias, autorizaciones, permisos siempre que no afecten derechos de terceros) y (ii) Procedimientos de Evaluación diferida, que a su vez tiene dos modalidades, con silencio administrativo negativo en asuntos en los que este en juego intereses públicos vinculados a la salud, medio ambiente, etc., o con silencio positivo en todos los demás casos que compete conocer a la entidad y que la citada ley no haya clasificado como sujetos al silencio negativo que tiene carácter de lista tasada.

Por ello, una primera consideración es que no era necesaria la expedición de una Ley como la N° 29060, pomposamente llamada "Del Silencio Administrativo" como si efectivamente regulase íntegramente el régimen del silencio administrativo tanto positivo como negativo, el cual se conserva en el artículo 188° de la LPAG que establece las reglas de cómo operan las dos modalidades de silencio administrativo y sus respectivas consecuencias. Nos parece errado que se regule dicha materia al margen de la LPAG porque en nuestro régimen jurídico-administrativo, por definición, las normas de procedimiento administrativo que establecen las reglas de actuación para todas las entidades de la Administración Pública de los tres niveles de gobierno están contenidas en la LPAG. En la misma línea, es importante notar la deficiente sistemática de la Ley, en tanto los tipos de procedimiento en que opera el silencio administrativo positivo ha sido recogido en el artículo 1°, mientras que la regulación de las materias en que opera el silencio administrativo negativo (cualquiera sea el tipo de procedimiento), indispensable para determinar con precisión los procedimientos en que aplica una u otra clase de silencio administrativo, ha sido relegada a la primera disposición transitoria, complementaria y final.

Más allá de las numerosas deficiencias técnicas que las limitaciones de espacio no nos permite listar en forma exhaustiva, se trata de una Ley poco útil pues no mejora en modo alguno la operatividad del régimen vigente de la LPAG, en la cual ya estaban contempladas prácticamente las mismas causales que se establece en esta Ley. Más aún, la operatividad de la nueva Ley depende de que los correspondientes TUPAs de las entidades públicas consagren el silencio positivo; de lo contrario, no será aplicable. En tal sentido, es totalmente equivocado creer que con la sola entrada en vigencia de esta Ley todos los silencios negativos se vayan a convertir automáticamente en silencios de carácter positivo. No se trata de una norma que por su solo imperio transforme los procedimientos que hoy día están sujetos al silencio negativo y los convierta en positivos, porque paradójicamente requiere que sea la propia Administración quien determine en sus respectivos TUPAS cuando será de aplicación el silencio positivo.

Tal vez la única novedad relevante está en el inciso b) del artículo 1° que parece establecer que el silencio positivo debe operar tratándose de todos los recursos administrativos, lo cual sí sería un cambio radical ya que hoy la regla general es que en caso de recursos administrativos rige el silencio negativo (art. 34.1.2. salvo el caso residual del art. 33.3 de la LPAG). Sin embargo, no opera el silencio positivo cuando se trate de cuestionar el silencio negativo producido durante la instancia anterior, porque la norma se refiere a "desestimación" de una solicitud o a "actos...anteriores" y, en ambos casos, parece referirse a actos administrativos expresos. Peor aún es que en el artículo 33.2 vigente sí estaba expresamente previsto que operase por excepción el silencio positivo en el caso de recursos que tuvieran por finalidad cuestionar el silencio negativo producido en los procedimientos administrativos formativos.

Otro error en que incurre la nueva Ley es que al derogar el artículo 33° de la LPAG se suprime la previsión de su numeral 4) que contenía una norma fundamental que establecía que el silencio administrativo positivo debía aplicarse por regla general a todos los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte salvo que la propia ley hubiera señalado que es de aplicación el silencio administrativo negativo, al cual se le daba de forma expresa un carácter taxativo lo que tenía como consecuencia que todo procedimiento administrativo que no fuera calificado por el artículo 34º de la citada ley como de aplicación del silencio administrativo negativo (lista cerrada) debía clasificarse como procedimiento administrativo sujeto a silencio positivo. En cambio ahora la Primera DTCF de la nueva Ley no está redactada en términos restrictivos como sí lo estaban los citados artículos 33.4 y 34.1.5 de la LPAG.

Finalmente, cabe señalar con respecto a la Declaración Jurada regulada en el artículo 3° de la Ley que, si bien se trata de una potestad del administrado quien "podrá presentarla ante la entidad", lo cierto es que los antecedentes permiten inferir un riesgo de que con mayor frecuencia las entidades van a adoptar la citada mala práctica de SUNARP que hace caso omiso del silencio administrativo positivo por la vía de exigir una certificación de la propia entidad morosa de que no ha resuelto en el plazo legal. Así, la referida Declaración Jurada podría llegar a convertirse sin duda en una carga adicional para el particular que obtuvo el reconocimiento de un derecho por la aplicación del silencio administrativo positivo.

Abriendo los Ojos

Grado de Inversión: Objetivo Nacional a corto plazo

Alvaro Palao

Las principales agencias calificadoras de riesgo del mundo desde mediados del año pasado han situado al Perú un peldaño por debajo del denominado "Grado de Inversión", que es una especie de nota aprobatoria a la deuda soberana contraida por un país. El llegar a esta calificación significa que hay confianza en que el país deudor analizado podrá cumplir de manera oportuna con las obligaciones que ha asumido. El que un país cuente con la calificación o rating soberano de grado de inversión le es muy beneficioso porque es un indicador de que ese país cuenta con una economía saludable y de que cuenta además con la confianza de los inversionistas.

Esta calificación traería muchos beneficios porque, por un lado permitiría que nuestro país obtenga financiamiento en el extranjero en mejores condiciones, por la reducción de la prima de riesgo que los países en vía de desarrollo pagan por su mayor probabilidad de impago (cesación de pagos o default) y malos antecedentes en su historial crediticio. Por otro lado, ayuda a generar un mejor ambiente de negocios, pues permite aumentar la credibilidad en los inversionistas extranjeros sobre el futuro de sus inversiones dentro del país. Dichas inversiones se harán a más largo plazo, debido a que hay confianza en el lugar en el que están invirtiendo.

Existen muchas empresas calificadoras de riesgo a nivel mundial, siendo las más conocidas Standard & Poor´s, Fitch Ratings y Moody´s. Las cuales evalúan el riesgo en instituciones financieras, compañías de seguros, empresas comunes, fondos, la calidad gerencial en la administración de fondos, administradores de activos, fiduciarios, títulos respaldados con activos y por hipotecas residenciales, soberanos (países), entidades respaldadas por soberanos (gobiernos locales y empresas estatales) y emisores supranacionales. Las agencias calificadoras de riesgo hacen sus evaluaciones de rating soberano sobre la base de los indicadores macroeconómicos y el riesgo político e institucional. Los ratings generalmente son divididos en dos grandes categorías: Grado de Inversión y Grado de Especulación. Cada categoría, a su vez, está dividida en subcategorías y niveles según la naturaleza del instrumento de deuda calificado.

Entre nuestras principales fortalezas las calificadoras de riesgo han señalado que están las sanas políticas económicas de gobierno, nuestra estabilidad macroeconómica, manejo fiscal y monetario responsables, un adecuado manejo de pasivos del gobierno (canjes, reperfilamientos, emisión de moneda local), alto nivel de RIN además de un rápido crecimiento de las exportaciones y del PBI, así como de los ingresos fiscales.

Entre nuestras debilidades Fitch Ratings ha señalado que contamos con una estrecha base exportadora concentrada básicamente en la exportación de minerales y de otras materias primas (también conocidos como commodities), en ese sentido consideramos que es responsabilidad del empresariado peruano el diversificar nuestras exportaciones sobretodo con productos de manufactura con valor agregado (para así poder ser menos vulnerables a las variaciones de los precios internacionales de los minerales) aprovechando los tratados comerciales con los que contamos, también con miras al reto que significará aprovechar al máximo el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Entre otras debilidades que tenemos, Standard & Poor´s ha señalado que aún no contamos con instituciones políticas sólidas, responsabilidad que deben asumir los partidos políticos para poder lograr el cambio. Además de que tenemos una limitada flexibilidad fiscal con muy bajos ingresos respecto al PBI y altas demandas sociales que limitan la flexibilidad del gasto. Por su parte Moody´s ve entre nuestras debilidades que tenemos ratios de deuda extremadamente elevados. Tenemos que decir que estas tres calificadoras de riesgo han coincidido en que tenemos un sistema bancario y en general una economía altamente dolarizada, pero que esta situación está mejorando.

En Latinoamérica solamente somos superados por Chile y México, ambos con calificación de grado de inversión, por lo que debemos superarlos para poder captar las inversiones internacionales que ellos ya están captando por ser más atractivos que nosotros ante el mercado internacional.

La Conferencia Internacional de "Global Majority" en Amán, Jordan, en el marco de violencia de Gaza, Irán y Líbano

William W. Monning

En junio, la violencia explotó en Gaza y en el Margen Occidental. Mientras tanto, la lucha por el control político de los palestinos continúa entre Hamas y Al-Fetah. Junio marcó también el aniversario de los cuarenta años de la ocupación israelí del Margen Occidental y de Gaza. La combinación de estos eventos generó un trágico telón de fondo para la conferencia internacional de "Global Majority", realizada entre el 6 y el 26 de junio en la Universidad de Naciones Unidas y el Instituto Internacional de Liderazgo en Amán, Jordania

"Global Majority" es una organización internacional comprometida con la resolución de conflictos sin violencia, mediante la promoción de la educación y entrenamiento en negociación, mediación y arbitraje. La organización, que cuenta con miembros de más de 30 países, cree también en el potencial de la sociedad civil de jugar un rol fundamental que apunte a reunir, tanto a actores del Estado como a privados, en una mesa de negociación (la representante de Perú en el Comité Consultivo Internacional de "Global Majority" es la periodista Luz Maria Helguero.)

La conferencia de Amán, titulada "Promoviendo Paz a través del Diálogo", incluyó un seminario de entrenamiento de dos semanas que dio lugar a una conferencia internacional de 3 días con delegados de Irán, Irak, Israel, Palestina, Jordania, Egipto, Líbano, Bosnia, México, Kenya, Japón, Irlanda del Norte, Sudáfrica y Estados Unidos.

La conferencia se concentró en los cuarenta años de ocupación israelí en el Margen Occidental y en Gaza, en la Guerra de Iraq, en la crisis internacional que genera Irán en su intento sostenido por desarrollar tecnologia nuclear, y en la continua violencia de Líbano.

Destacó en la conferencia la presentación del Sr. Behzad Saberi, un candidato al doctorado en leyes de la Universidad de Teherán, que a su vez ejerce la carrera diplomática trabajando en el Ministerio de Relaciones Exteriores irani. El Sr. Saberi esbozó la tesis irani de su derecho a desarrollar energía nuclear pacífica y detalló las proyecciones originales desarrolladas por el Instituto Hoover de la Universidad de Stanford que concluian que los recursos petroleros de Irán se agotarán en los siguientes 15 o 20 años. Saberi enfrentó preguntas bastante complicadas formuladas por la delegación irani y por otras delegaciones, respecto de declaraciones realizadas por el presidente Ahmadinejad. Aseguró las intenciones de Irán de iniciar negociaciones directas con EEUU y otros Estados, citando como precedente las negociaciones de EEUU con Corea del Norte y las "Six Party Talks", apuntando al hecho de que Corea del Norte ha afirmado tener un programa de armas nucleares y que EEUU sigue dispuesto a negociar. Saberi incentivó las preguntas y aseguró que las recomendaciones formuladas serian llevadas directamente al Ministro de Relaciones Exteriores Iraní.

Quizás más significativo que cualquier presentación del panel, fue el diálogo activo que mantuvieron todos los delegados, incluyendo a los de Israel, Palestina, Irán, Irak, Jordania y Líbano. Éstos aseguraron la importancia de la Declaración de Amán (www.globalmajority.net) dirigida a los gobiernos y líderes políticos de la región. Se establecieron muchos grupos de trabajo que se concentrarán en proyectos conjuntos que involucren en el siguiente año a delegados israelíes y palestinos. La Declaración de Amán obtuvo amplia cobertura de la prensa jordana y está siendo dirigida por los delegados de cada uno de los países a sus respectivas prensas locales.

La conferencia concluyó simultáneamente a la renuncia del ex Primer Ministro Británico, Tony Blair, quien probablemente sea nombrado diplomático especial en el Medio Oriente. Se ha especulado también en los Estados Unidos que, en caso de que Hillary Clinton gane las elecciones presidenciales del 2008, se nombraría al ex presidente Bill Clinton para que también sirva de enviado especial en el Medio Oriente.

Las lecciones que deja la conferencia internacional ponen un gran énfasis en la intervención y voz de la sociedad civil global en acuerdos de paz como el logrado en Irlanda del Norte y Sudáfrica, que obtuvo mayores resultados que la intervención de gobiernos externos. En efecto, un emblema de la actual politica internacional en la administración de Bush ha sido su virtual ausencia, hasta hace poco, del conflicto entre israelíes y palestinos. Si se busca que la violencia sea detenida, el éxito los pacificadores de Irlanda del Norte y Sudáfrica debe representar un modelo más viable para lograr un cambio en el Medio Oriente.



Machu Picchu. Un patrimonio que maravilla

Inés del Águila
Arqueóloga. Jefa del museo de arqueología "Josefina Ramos de Cox"
Instituto Riva Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú

Según Calaf y Fontal (2006) entendemos por Patrimonio todo aquello que ayuda a conformar identidades, caracteriza contextos, genera sentimientos de apropiación y pertenencia, pertenece a una sociedad que es al mismo tiempo su directa legataria y se va modificando en función de las miradas que sobre él se proyectan en cada momento.

En relación a Machu Picchu se ha producido una mirada coral, todas las voces se unieron para confirmar que Machu Picchu es un Bien Cultural que asombra como creación humana, que reconocemos que es Patrimonio de la Humanidad y que a través de esa obra reconocemos que es una maravilla de la creación humana y la sociedad que la inspiró.

Para los peruanos, sus directos legatarios, es un emblema de la Patria antigua, que como en la época de los Incas es KAI (está presente, vivo y aquí) pero es también ÑAUPA (está delante de nosotros porque ya pasó) y, finalmente, es QUIPA (no ha llegado todavía, esta atrás, es el futuro por su presente Patrimonial). La magia de Machu Picchu es esto, la que nos permite leer la peruanidad en profundidad, aquella que se construye día a día sobre el legado heredado.

Todos hemos vibrado de entusiasmo por su reconocimiento como la cuarta maravilla del mundo; sin embargo; esas voces, los gestos de orgullo parecieran no tener sentimientos profundos y fuertes como el espacio y el paisaje de Machu Picchu y su entorno. Machu Picchu es un Apu que convoca voluntades, tiene mucho que enseñar, su presente como Patrimonio consolida su lectura de espacio educador, es el archivo de la historia regional y nacional. Por ello, es importante recalcar, que su valor turístico sólo será valioso e importante si se construye con enfoque educador patrimonial. Nuestra tarea como peruanos es crear sostenibilidad para preservar física y espiritualmente la Memoria histórica de esta maravilla de la humanidad.

Nos cuenta la historia que PICCHU, el nombre original de Machu Picchu, es una Llacta o ciudadela cuya finalidad permanece en debate, hay quienes resaltan su función religiosa mientras que otros consideran que tuvo funciones de carácter administrativo.

Fue construida al nor-oeste del Cusco en el valle del río Urubamba y en el cerro Machu Picchu. Su ubicación es estratégica, se yergue entre montañas agrestes y barrancos profundos, no esta en la ruta del Cápac Ñan y la entrada esta flanqueada por un sistema de fortificaciones en la que resalta la fortaleza de OLLANTAYTAMBO.

Los datos arqueológicos indican que la arquitectura del sitio corresponde al apogeo del Imperio, la cerámica asociada a las tumbas es del tipo Inca Imperial (Guillén:1990); es decir, la época de expansión Inca que comenzó alrededor de 1400 d.C y prosiguió hasta la invasión española. (Bauer: 1996). Todo indica que Machu Picchu es un sitio incaico de inicios del siglo XV.

En la actualidad se cuenta que Machu Picchu fue abandonada al ser capturado el último Inca rebelde Tupac Amaru. Al describir la ciudadela se menciona su carácter planificado que permite observar las siguientes características: tiene tres sectores denominados: Barrio Sagrado, Barrio de los Sacerdotes y la Nobleza, y el Barrio de la Gente Común o Barrio Popular. Al interior de estos grandes sectores están ubicadas famosas construcciones como el Intiwatana, el Templo del Sol y la Habitación de las Tres Ventanas, que llaman la atención del visitante por su arquitectura del más puro estilo Inca, sillares pulidos y diseñados para calzar perfectamente con el remate de una base ligeramente saliente. Los Vanos del estilo Inca son trapezoidales y las hornacinas muy pulidas y en la mayoría de los casos esculpidas. Los detalles son muchos pero la visión de conjunto, que satisface nuestra admiración por la obra, es la presencia sistemática de estanques y fuentes de agua denominadas "pachas" distribuidas en toda el área e interconectadas por canales y desagües perforados en la roca.

Finalmente, es importante reconocer que, antes de los Incas, en los Andes Peruanos se desarrollaron importantes sociedades por su desarrollo cultural. El mérito de los Incas radica en su capacidad de aprovechar al máximo los aportes de dichas sociedades. Los señores del Cusco supieron aprovechar y desarrollar estos legados. Los peruanos que hemos heredado Machu Picchu debemos ser coherentes con estos antepasados que supieron preservar y conservar su cultura para lograr fortalecer sus desarrollos futuros, como fue el caso de los Incas que fueron Señores de Sudamérica.

"Satisfacer a nuestros clientes mediante el suministro de productos y serviciosde software, con el soporte de personal calificado, buscando la innovación tecnológica en las soluciones que proveemos y el continuo mejoramiento de nuestros procesos"



novatronic

Novatronic, empresa fundada en 1988, está dedicada a proveer servicios de desarrollo de aplicaciones bancarias, de integración de sistemas y canales electrónicos de atención de clientes, sistemas de pagos, asi como servicios de consultoria en tecnologias de información.

La familia de productos SIX es un conjunto de herramientas y aplicaciones dirigidas a satisfacer los requerimientos de integracion de sistemas, de teleacceso de clientes y de pago electrónico, que demandan las empresas hoy en dia.

- SIX/ATM,
- SIX/KIOSCO
- SIX/InternetBanking
- SIX/Security
- SIX/Call Center
- SIX/CPS
- SIX/PP
- SIX/OLC

Av. Jose Galvez Barrenechea 1094 Urb. Corpac - Lima 27 - Peru - Telf. (511) 224 9099 Fax (511) 225-4580 www.novatronic.com e-mail.info@novatronic.com



Enfocados

En Busca de la Utopía

Entrevista realizada a:

Francisco Távara

Presidente del Poder Judicial

Por: Bruno Giusti

Patricio Ato del Avellanal

No es un secreto que la Administración de Justicia en nuestro país presenta diversos problemas serios que deben ser corregidos. Así lo señaló Francisco Távara, actual presidente del Poder Judicial, en el discurso inaugural del año judicial. Casi 8 meses después de haber asumido el cargo, el Dr. Távara nos cuenta un poco de la labor que se viene realizando en su gestión y nos propone algunas alternativas para llegar a la tan ansiada reforma.

Uno de los problemas más graves que presenta la Administración de Justicia son las barreras de acceso. En muchos lugares de nuestro país ha habido grandes dificultades para mantener una presencia constante del Estado. En su opinión ¿qué medidas se pueden llevar a cabo para acercar a estas poblaciones al Sistema de Justicia?

Al asumir la Presidencia del Poder Judicial he sido enfático en señalar que el compromiso de la judicatura es para con el pueblo, el dueño final del poder que el Estado administra. Somos concientes y reconocemos que el reclamo ciudadano es legítimo, urgente y prioritario, su atención ya no puede ser postergada. Para ser un derecho vivo, vívido, el Poder Judicial ha asumido una política permanente de acercamiento a la población, en el entendido que no es exigencia de los jueces, sino una exigencia del pueblo peruano.

Con el apoyo de la cooperación internacional se está trabajando en el componente de acceso a la justicia, lo que implica mejorar el acceso de los ciudadanos de menores recursos a la justicia, fortaleciendo los servicios de ayuda legal y conciliación en materia de familia, igualmente la Justicia de Paz y los Juzgados de Familia.

En el discurso de apertura del año judicial 2007 usted señaló que estaba buscando realizar convenios para captar ayuda económica de Organizaciones Internacionales. ¿Ha habido algún avance en relación a este tema?

Sobre el particular, debe recordarse que la labor de reforma judicial involucra a varios agentes o actores, liderados por el Poder Judicial. De acuerdo con lo afirmado en el Discurso de apertura del año judicial, se está reforzando la cooperación internacional, con el apoyo decisivo del Banco Mundial en relación con el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia, y de la Unión Europea en cuanto al fortalecimiento de la Justicia de Paz y la sistematización y difusión de la jurisprudencia. Además, se ha suscrito el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), un convenio de cooperación con el objeto de mejorar el acceso a la justicia básica de las poblaciones más pobres, capacitar los recursos humanos y la promoción de la lucha frontal contra la corrupción.

Como es de apreciarse, estas acciones son signos positivos que demuestran una vez más la confianza internacional hacia la judicatura nacional.

Ahora que se busca extender el ámbito de aplicación del Nuevo Código Procesal Penal ¿Se está tomando alguna medida de capacitación a los jueces penales que lo aplicarían?

El elemento humano es la parte más valiosa de toda institución, y su perfeccionamiento vía la capacitación correspondiente no es una política coyuntural sino una idea de acción permanente y necesaria. En ese sentido, es de capital importancia para la actual gestión llevar a la práctica activamente un programa de capacitación no sólo para los magistrados, sino también al personal de todos los niveles de la judicatura. Para ello se cuenta también con el apoyo de la cooperación internacional.

Específicamente y bajo esa óptica, se está trabajando en materia procesal penal y, desde ya, agradezco a cado uno de los miembros del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial por su decisiva tarea en hacer posible gradualmente la puesta en marcha de una cualitativa reforma del sistema de justicia penal. Lo mismo se esta iniciando en materia Contencioso Administrativa, y progresivamente se seguirá en esta línea de trabajo en otras áreas del Derecho, así como en labores vinculadas a la mejora en la gestión del Despacho y la formación ética profesional.

¿Considera usted que para un mejor nombramiento de jueces y fiscales debería haber algún tipo de modificación en el Consejo Nacional de la Magistratura y concretamente en la elección de sus miembros?

El Consejo Nacional de la Magistratura es un Organismo constitucionalmente autónomo que resulta vital dentro del sistema de justicia y nadie duda de su pleno reconocimiento dentro de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Ahora bien, como toda institución jurídica es perfectible en cuanto a su estructura orgánica y funcional, aún cuando debe aclararse que muchas de las modificaciones planteadas al respecto pasan necesariamente por una reforma constitucional.

Desde la perspectiva de su composición sería más plausible una presencia mayoritaria de representantes de instituciones eminentemente jurídicas o relacionadas con el sistema de justicia. Funcionalmente, el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de nombrar y ratificar a los magistrados; sin embargo, si hay que hacer alguna modificatoria en torno a la función evaluadora de la judicatura y de la administración de la carrera judicial, debe hacerse sin lesionar la independencia de los jueces, del poder judicial, como uno de los poderes del Estado. Las propuestas sobre reforma constitucional del sistema de justicia y la autógrafa de la Ley de Carrera Judicial lamentablemente no siguen, de modo pleno, dicho norte, situación que ojalá logre corregirse a tiempo. Debe estar conformado mayormente por profesionales del Derecho o juristas, manteniendo representantes de otros gremios profesionales no abogados, en minoría.

Se ha aprobado una Ley en el Congreso para implementar la Carrera Judicial. Usted ha realizado algunas observaciones a dicha Ley. ¿Podría explicarnos cuáles son los errores que encontró?

Sobre este tema, debo ser enérgico en señalar que el Poder Judicial no se opone a la necesidad de una Ley de Carrera Judicial basada en el mérito, en una evaluación periódica de desempeño de los magistrados y cuyo control de idoneidad de la función judicial se realice por periodos menores a siete años, como se planteó también en un Proyecto de Ley sobre Carrera Judicial que fuera enviado por la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República.

Una de las observaciones principales de la judicatura y del mismo Gobierno, es en

cuanto al Organismo Constitucionalmente Autónomo de administrar la Carrera Judicial. A diferencia de lo opinado por el Congreso, el Presidente de la República y el Poder Judicial sostienen que el Consejo Nacional de la Magistratura no tiene competencia constitucional para dicha administración. La administración de la carrera judicial, por su propia naturaleza gubernativa, debería estar anclada en el órgano de gobierno del Poder Judicial, cuya integración desde luego puede y debe ser mixta. En ese sentido, por ejemplo, la función de evaluación de la judicatura supone para nosotros la presencia de una Comisión de Carrera Judicial mixta, con intervención de la sociedad civil, a través de representantes de universidades y Colegios de Abogados.

¿Cuál es el rol que debe asumir la Oficina de Control de la Magistratura en la Reforma del Poder Judicial?

La Oficina de Control de la Magistratura y sus Oficinas Distritales o, más bien, los órganos que integran el llamado Sistema de Control Interno del Poder Judicial, están llamados a convertirse en garantía de que el derecho a la tutela procesal efectiva se traduzca, de modo pleno, en la impartición de una justicia independiente, imparcial y eficaz. Ese es pues, su rol vertebral, el de coadyuvar a garantizar una magistratura revestida de estas importantes cualidades de ética judicial: imparcialidad, independencia y eficiencia. Sin ellas el Poder Judicial mermaría toda posibilidad de legitimidad social, y con ello, de autoridad.

Es en este derrotero que se pueden entender los importantes alcances que tiene el trabajo del órgano de control, el que no sólo se constriñe a una labor contralora ex post, sino también busca apuntar tareas de carácter preventivo, y es que a través de su Unidad de Supervisión y Proyectos, la Oficina de Control de la Magistratura despliega una labor de estudio sobre las necesidades y carencias de las distintas sedes judiciales del país.

Hay quienes afirman que para combatir mejor a la corrupción, éste tipo de delitos debería ser imprescriptible. ¿Qué opina al respecto?

Concuerdo con la idea de que declarar la imprescriptibilidad de los delitos que impliquen hechos de corrupción sea la mejor manera de combatirlos, pues estos se realizarán en tanto los agentes que los cometen operen en la creencia de que el Estado carece de estructuras de control eficientes para descubrir el delito y sancionarlo. Quiero decir además con esto, que lo que hay que fortalecer son las instituciones de control, entre ellas el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía nacional, entre otras, a fin de que no se tenga la percepción social errada de que se puede realizar hechos punibles sin que haya la posibilidad real de ser sancionado.

Debemos pues poner atención a nuestras entidades estatales ya existentes y perfeccionarlas en lugar de crear otras instituciones respecto de las que tendríamos que recorrer un mismo interín para dotarlas luego de plena eficiencia.

Sin perjuicio de lo dicho, ratifico mi asentimiento tal como lo hice el día de inicio del año judicial, a la posibilidad legal de que se declare la imprescriptibilidad de los delitos que impliquen corrupción, en especial de aquellos que comprometan la correcta impartición de justicia. Y esto lo afirmo a pesar de ser consciente de que una declaración legal de tales términos no engarza dentro de nuestra actual concepción del Derecho Penal, respecto del cual se predica su mínima intervención. Empero, estos delitos que afectan el buen manejo de la cosa pública y con ello, el desarrollo humano del país y la propia institucionalidad jurídica y política, merecen pues un tratamiento especial, más aún cuando nuestro país esta asentándose todavía como Estado Constitucional. Esta evaluación de sus singularidades puede exigir un tratamiento penal diferenciado. De ahí que el día 3 de enero, en el discurso solemne de apertura, inquirí sobre su posibilidad de estudio.

¿Cómo cree usted que puede contribuir la Sociedad Civil en la Reforma de la Administración de Justicia?

La sociedad civil ha tenido y tiene una actuación muy importante respecto de la reforma judicial, y no sólo en lo que se refiera al tema jurisdiccional, sino en lo que atañe al manejo de la cosa pública, pues ello es una exigencia natural de la vida democrática. De esto hay una perfecta conciencia en la esfera de gobierno del Poder Judicial. De ahí que se haya instalado el Consejo Consultivo del Poder Judicial, integrado por respetados juristas de la escena nacional, muchos de ellos docentes o egresados de esta Universidad. Este Consejo está teniendo un rol importante para la implementación de las distintas medidas de reforma judicial

Y en este mismo derrotero, he apoyado y exigido la plena implementación de la Ley Nº 28149, ley que incluye la participación de la sociedad en los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público. No puede pues existir una verdadera tarea de reforma judicial sin los aportes valiosos y la fiscalización de la sociedad civil.

La corrupción que existe en el Sistema de Justicia no sólo incluye a los jueces sino muchas veces también a los abogados. Frente a ello, existe un grupo de abogados de la PUCP que está trabajando en la elaboración de un nuevo Código de Ética que sea suscrito por los Abogados. ¿Qué opinión le merece esta iniciativa?

En principio debo felicitar esta feliz iniciativa. Como he venido expresando en distintas actividades, la ética no puede ser exclusiva de los magistrados, o yendo más allá, del cuerpo de servidores judiciales, pues la excelencia profesional, y esto incluye el perfil ético, no es predicable con carácter exclusivo respecto a un sector del Poder Judicial. En esta línea de ideas, la ética opera también con la misma intensidad respecto de los letrados, pues ellos constituyen actores capitales en la tarea de impartición de justicia. La ética es una exigencia que comprende a todos los actores del proceso de impartición de justicia, tanto así que tal como existe un sistema de control, debe también haberlo con el mismo grado de estructuración y deber de eficiencia respecto de los abogados. He ahí la delicada tarea de los Colegios de Abogados, y su palmaria responsabilidad frente al estado de la justicia en el Perú.

¿Cómo se planea difundir los avances que viene realizando el Poder Judicial en la reforma?

Dado la limitación de recursos con los que cuenta el Poder Judicial, pues la prioridad la tiene la puesta en la práctica de las medidas de reforma, la vía que se utiliza para difundir los avances de la reforma lo constituyen las Oficinas de Prensa del Poder Judicial y, en especial, la página web institucional (la que conviene destacar, se haya en proceso de reestructuración, por lo que en corto plazo ostentará una mejor presentación, conforme a las exigencias de transparencia con la que debe actuar este importante organismo del Estado).

Vistazo Legal

TLC Laboral

Jorge Toyama
Analista
Laboral

Recientemente, nuestro Congreso ha aprobado las enmiendas al texto del TLC con lo cual todo parece indicar que tendremos un TLC con Estados Unidos. El tema laboral ha sido uno de los ejes de los congresistas demócratas de Estados Unidos para incorporar enmiendas al texto original para que el TLC pueda ser aprobado. ¿Cuáles son los cambios fundamentales?

Consideramos que hay dos aspectos medulares. El TLC limita la limitación peruana para introducir cambios en la legislación interna y compromete un alto índice de fiscalización y cumplimiento de la normativa laboral.

Es importante advertir que el TLC no incide en la soberanía del Perú para incorporar modificaciones a la legislación interna, siempre que tales cambios no supongan una afectación a los derechos fundamentales de la OIT (prohibición del trabajo forzoso, erradicación del trabajo infantil, libertad sindical, negociación colectiva y no discriminación), pero esta sujeción actualmente ya existe.

En efecto, el Perú es miembro fundador de la OIT y ha ratificado todos los Convenios de la OIT sobre derechos fundamentales así como la Declaración de la OIT sobre derechos fundamentales, de tal manera que, a nivel normativo, ya existe el compromiso internacional de velar por estos derechos que ingresan dentro del concepto de trabajo decente de la OIT. La nueva cláusula social del TLC, entonces, simplemente recoge un compromiso internacional ya asumido por nuestro país; estamos entonces ante una simple convalidación.

De otro lado, el Perú no podrá modificar de modo relevante su legislación interna para afectar el comercio internacional. Consideramos que esta cláusula pretende regular el denominado "dumping social", esto es, los casos de intervención gubernamental para subsidiar los costos laborales y obtener una ventaja internacional a los productos de un país. Ello solo ocurriría si, por ejemplo, el Perú decidiera reintegrar parte de los salarios pagados al personal de las empresas exportadoras. Salvo lo indicado, nada obsta para que el Perú pueda modificar la legislación laboral, introduciendo reformas que, apuntando a la generación de empleo formal y decente, pudieran flexibilizar alguna parte de la regulación del trabajo (una reforma "flexisegura").

Finalmente, el TLC obliga al Estado a velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales, esto es, un mayor y mejor sistema inspectivo laboral. Entonces, se exige contar con mayor presupuesto e infraestructura, un sistema de fiscalización integrado, moderno, y con políticas que apunten al efectivo ejercicio y respeto de los derechos laborales fundamentales.

En suma, la regulación laboral del TLC debiera provocar una mejora en las políticas públicas laborales a favor de los trabajadores. Ciertamente, el TLC no es la dulce hada que colocará al país en altos estándares de cumplimiento laboral; tal como lo revela la experiencia de México, es necesaria una activa participación gubernamental, un compromiso de los actores laborales, así como la ayuda de EEUU para, progresivamente, tener los mejores índices de trabajo decente.

Relevancia penal del manejo de la información privilegiada en el sistema financiero

Roger Yon
Analista
Penal

Resulta una buena ocasión para comentar -con ánimo constructivo- la técnica de tipificación empleada por el legislador para configurar el delito de Abuso de Información privilegiada y la actuación del "Insider Training".

Un tipo penal que supuestamente busca tutelar el bien jurídico supraindividual "confianza en el funcionamiento del sistema financiero de cara a la transparencia en el manejo de la Información de los agentes económicos que actúan en el Mercado de Valores y, en general, en el Sistema Financiero", ha sido redactado exigiendo un resultado distinto de la acción criminógena (¡¿?!), como es generarse un beneficio o evitarse un perjuicio (de naturaleza económica) como consecuencia del uso de información privilegiada.

Para entender la problemática que se expone debemos hacer especial referencia al fundamento de la criminalización de la conducta de "abuso de la información privilegiada". En ese sentido, debemos señalar que la conducta tipificada se orienta a reprimir el que se desincentive la inversión en el mercado de capitales, y en general en el sistema financiero, ante la desconfianza por el favorecimiento indebido a un sector específico (que utiliza la información privilegiada). De ahí que lo que se pretenda garantizar es la transparencia en las transacciones, a fin de que exista igualdad de condiciones entre todos los agentes que intervienen en el mercado.

La conducta del Insider, en nuestra legislación, ha sido concebida igual que un delito de lesión a un bien jurídico patrimonial y de titularidad individual, amparando tal razonamiento en que se ocasiona un perjuicio económico a los inversionistas que no tenían conocimiento de la información privilegiada (ojo que el tipo no exige tal requisito como resultado) y, así, realizan sus inversiones encontrándose en situación de desventaja. Sin embargo, esta visión individualista no se condice con el bien jurídico supraindividual que se quiere proteger. El problema de esto deviene durante el proceso penal y la actuación de las pruebas: que el beneficio o la evitación del perjuicio se de a consecuencia de la utilización de información privilegiada y que, en concreto, se verifique la existencia de una relación de riesgo entre el desvalor de acción (abuso de información privilegiada) y la producción del resultado económico cuestionado.

En el primer párrafo de este tipo penal se ha omitido señalar quiénes son los agentes económicos que manejan la información privilegiada -y por tanto, los que se encuentran en capacidad de realizar la conducta tipificada- extendiendo a cualquier persona el campo de imputación, incluyendo al que (des)afortunadamente pudiera encontrar la información de manera casual o a aquellos agentes que se encargan de analizar el mercado y pudieran contar con información privilegiada como consecuencia de estos análisis.

Por otro lado, el segundo párrafo del tipo penal recoge como agravantes del delito de abuso de información privilegiada que el mismo se perpetre por un director, funcionario o empleado de la Bolsa de Valores y otras entidades del sistema financiero. Ello, como si fuera posible imputar el uso de información privilegiada a





personas que no tienen acceso a dicha información por su actividad en el mercado o, en todo caso, no ostentan el deber del secreto profesional. Esta "agravante" no es tal, sino que - en realidad - la calidad que se exige en el sujeto activo será la posibilidad regular de comisión del delito. Lamentablemente, la tendencia a agravar los tipos penales para imponer penas mayores resulta una práctica común de nuestro legislador que, de igual forma, en el delito de Lavado de Activos ha decidido tipificar como agravante el pertenecer a una organización criminal (artículo 3° inciso b) de la Ley N° 27765), ¡como si fuera posible cometer el delito de Lavado de Activos sin integrar una Organización Criminal!

Tal como está redactado el tipo penal materia de análisis, más se asemeja a un "Tipo de Amenaza" para agentes supervisores, que a la tipificación de una conducta ilícita, penalmente relevante y con contenido material. Como están las cosas, dudamos que existan procesos penales por este delito y, más aún, que concluyan en sentencias condenatorias.

"Holding Certificates" ... ¡Otra vez!

Julio Guadalupe
Analista
Comercio exterior

En entregas anteriores hemos hecho referencia a los "Holding Certificates"; es decir, aquellos documentos que sustentan el ingreso temporal de bienes en almacenes privados antes de su exportación y mediante los cuales los compradores del exterior obtenían financiamiento para sus adquisiciones.

Hemos mencionado también que mediante el Decreto Legislativo 980 se incorporó como un nuevo supuesto de exportación a los efectos del artículo 33° de la Ley del IGV, la venta de bienes nacionales a favor de compradores en el exterior en la que medie la utilización de estos documentos, situación que tenía como objetivo evidente procurar servir de solución en todos aquellos casos en los que SUNAT había efectuado millonarias acotaciones tras interpretar que la expedición de estos documentos constituiría una evidencia de que la venta de los mismos era local y no una de exportación, con todas las consecuencias legales que ello importaba.

Si ello es así, ¿cuál es entonces el problema? Pareciera que todo está claro y que este tipo de exportaciones podría ser realizado sin inconvenientes y sin el riesgo de que la autoridad tributaria pudiese objetarlas. Pero ello, desafortunadamente, no es así, pues subsisten algunos inconvenientes propiciados por la norma que reglamentó el Decreto Legislativo 980 y que ponen en evidencia que aún existe un divorcio muy marcado entre la normativa aduanera y la de tributos internos.

En materia de exportaciones, a nuestro entender, el problema siempre ha estribado en que la normativa del IGV no cuenta con una definición expresa del término "exportación", razón por la cual resulta necesario recurrir a la normativa aduanera para llenar dicho vacío (situación, además, que ha sido aceptada de manera uniforme por el Tribunal Fiscal). Ello, más que un problema, debería ser entendido como una solución razonable. No obstante, el problema no radica en la aplicación de la normativa aduanera en forma supletoria, sino en la constante y permanente actitud del legislador de tributos internos de apartarse de las consideraciones legales que dan sustento al régimen de exportación previsto en la Ley General de Aduanas al crear requisitos particulares de configuración de la "exportación" para fines tributarios.

Lo expuesto se aprecia con claridad cuando de la revisión del Decreto Legislativo 980 se tiene que en aquellos casos en que se utilicen "Holding Certificates" la venta será considerada una de exportación SÓLO cuando haya sido el propio vendedor el que efectúe el despacho de exportación a favor del comprador en el exterior. Pero no bastando con ello, mediante el Decreto Supremo 069-2007-EF de reciente publicación, se ha establecido que la venta NO será considerada como una de "exportación" cuando: (i) los bienes no sean exportados dentro del plazo 8 meses contados a partir de la fecha de la emisión del "Holding Certificate", o al plazo que permanezcan los bienes en el almacén aduanero o almacén general de depósito que emitió este documento; (ii) con anterioridad a la exportación definitiva de los bienes, se realice una o más ventas a sujetos distintos al comprador del exterior original; y (iii) los "Holding Certificates" no contengan los requisitos mínimos de forma establecidos en la norma.

¿Por qué señalamos que estas disposiciones ponen en evidencia la "pugna" que siempre ha existido entre la regulación aduanera y la regulación de tributos internos? Por la sencilla razón de que a los efectos del artículo 54° de la Ley General de Aduanas lo único relevante para que una exportación sea considerada como tal es la SALIDA de los bienes del territorio aduanero para su uso o consumo definitivo en el exterior (así, la exportación se configurará aduaneramente sin importar que el exportador tenga o no la calidad de dueño; que el comprador tenga o no la calidad de consignatario; que la exportación haya sido realizada en una fecha muy cercana o muy lejana a aquella en que se expidieron los documentos de almacenaje, etc.); mientras que, como vemos, para que una "exportación" sea considerada como tal para los efectos del artículo 33° de la Ley del IGV deberá cumplir con una serie de requisitos que no encuentran asidero en la Ley General de Aduanas ni se condicen con la lógica y estructura de esta norma.

De este modo, podríamos llegar al absurdo de considerar que un mismo hecho fáctico pueda resultar "exportación" conforme a la Ley General de Aduanas pero una "venta local" (que no origina una exportación) para la Ley del IGV. Divorcio total y preocupante por las graves consecuencias legales que ello originaría (y que ya ha venido originando).

Pasa lo de siempre, el exceso de controlismo fiscal atenta contra la naturaleza de las cosas y dificulta las operaciones (en este caso, las de comercio exterior de los exportadores). Si lo que se quiere es controlar deberían establecerse requisitos formales cuyo incumplimiento origine la imposición de multas, pero no el desconocimiento de operaciones de comercio exterior que, en la mayoría de casos, resultan mas claras que el agua y, por tanto, de muy fácil probanza.

"La matemática conceptual" y el por qué se critica a los abogados

Alejandro José Rospigliosi
Analista
Invitado

Mientras esperaba en el aeropuerto para abordar un avión, escuchaba que una señora le comentaba a su hijo su mala experiencia con un abogado tratándolo de desanimar para que no postule a esta

carrera. Le decía que los abogados complican y enredan todo con conceptos que ni ellos entienden y, lo peor de todo, que no tienen una utilidad práctica.

Bueno, no deja de tener razón, en cierto modo. Muchas veces la enseñanza del derecho en el Perú hace que se potencie la capacidad de hacer "ingeniería conceptual" sobre las competencias para resolver problemas prácticos. Y en ese contexto, el mejor alumno es el que dio el examen con la respuesta más larga y compleja y, no necesariamente, el que encontró la solución práctica al problema planteado. El impacto de ello, es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con poco referentes reales y con estudiantes hábiles en "matemática conceptual" y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular.

Sin embargo, el tema no queda ahí, pues esos alumnos luego, se gradúan como abogados y ejercen su profesión en el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, PROINVERSIÓN, CONSUCODE y en la Administración Pública en general, generando una serie de trabas y obstáculos, en vez de contribuir a la rapidez, eficiencia y competitividad del país.

En las últimas semanas, hemos escuchado la preocupación del Presidente de la República por la demora en la ejecución del gasto por parte de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Municipales, por las trabas legales de la Contraloría, CONSUCODE, etc. Si queremos tocar el tema de Reforma del Estado, empecemos también por reformar la enseñanza del derecho y crear una entidad certificadora de la misma como en otros países, para que no se estafe a los jóvenes, recibiendo una formación que no les servirá en la vida profesional.

Empero, estos problemas también los encontramos en algunas sentencias polémicas. Por ejemplo, recientemente el Tribunal Constitucional en el expediente 07-2007-PI/TC, ha dejado sin efecto la Ley N° 28642 que, en concordancia con la Constitución, establecía que el JNE es la última palabra en proclamación y acreditación de autoridades elegidas en un proceso electoral, en vacancias, revocatorias y todo asunto relacionado a la materia electoral. Por tanto, sus resoluciones no son revisables por nadie y no procede el amparo electoral. Sin embargo, el TC en una larguísima sentencia desarrolla formulas de "matemática conceptual" refiriendo que en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, y que toda afectación de los derechos fundamentales en que podría incurrir el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral y, además, que el JNE constituye la única entidad competente para proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes.

Entonces, para qué se dejó sin efecto la Ley N° 28642, si el amparo electoral no sirve para nada, porque no cumple la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o dispone el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. De qué le sirve a cualquier candidato perdedor de un proceso electoral interponer un proceso de amparo, ¿o es que se pretende que dicha sentencia, de serle favorable, la ponga en un cuadro y la cuelgue en la sala de su casa como premio consuelo de lo que no logró en las urnas? O peor aún, motivará, a que los candidatos perdedores y sus seguidores, desconozcan a la autoridad elegida y soliciten nuevas elecciones, generando inestabilidad política e ingobernabilidad.

Finalmente, si lo que se quería era sancionar a los miembros del JNE, por cualquier arbitrariedad o violación a un derecho fundamental, esta figura ya se encuentra tipificada en el Código Penal, siendo innecesaria la mencionada sentencia.

En conclusión, éste es un claro ejemplo de que los abogados no debemos obstaculizar y poner trabas, no debemos hacer "matemática conceptual" en vez de solucionar los problemas del país.

Una nueva definición del principio precautorio

Patrick Wieland
Analista
Invitado

Qué duda cabe que la modernidad y el progreso nos han permitido disfrutar de comodidades y tecnologías que han revolucionado nuestro estilo de vida en los últimos cincuenta años. Sin embargo, en la actualidad estamos expuestos a riesgos y peligros como nunca antes en el pasado y sobre los que poco o nada sabemos. Como señala Betancor Rodríguez, hoy más que nunca se advierten los innumerables riesgos originados por el propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana.

El polémico principio precautorio nacido en el Derecho Internacional e incorporado después en el derecho interno de muchos países, es un instrumento de gestión de riesgos aplicable en una situación de incertidumbre científica y que expresa la exigencia de actuar frente a un riesgo poten cialmente grave sin que sea necesario esperar los resultados de la investigación científica. Tal exigencia se hace imperativa si consideramos que los daños ambientales son muchas veces irreversibles y de efecto global.

En base al principio precautorio, la Administración Pública se encuentra facultada a aplicar un amplio abanico de medidas, a fin de asegurar una adecuada protección del medio ambiente y de la salud cuando se desconozcan los efectos de una actividad o producto. Ahora bien, dado que las medidas basadas en este principio pueden tener consecuencias significativas, resulta indispensable evitar que este principio se convierta en una fuente de prohibición o en un obstáculo para el progreso. Ello sólo puede alcanzarse estableciendo reglas claras para su invocación, reglas que deben estar destinadas a generar seguridad jurídica e impedir decisiones anti-técnicas, irrazonables, desproporcionadas o discriminatorias.

En tal medida, la Ley Nº 29050, Ley que modifica la Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental, constituye un paso importante hacia la necesaria precisión del principio precautorio en nuestro país. Dicha ley modifica de manera considerable la definición del principio precautorio contenida en la norma anterior, definición a la que además deberá adecuarse la Ley General del Ambiente, Ley Nº 28611.

De la nueva definición del principio destacamos lo siguiente: 1) el umbral de gravedad establecido: sólo procede en casos de indicios de daño grave e irreversible; 2) se incluye a la salud como objeto de protección del principio; 3) se exige razonabilidad en las medidas y costos que se apliquen con base en el principio; 4) las medidas deben ser revisadas de conformidad al avance científico, lo que equivale decir que sean reversibles, y 5) dispone la responsabilidad de la autoridad que aplique las medidas.

La Extradición de Fujimori

José C. Ugaz
Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados
Ex Procurador Anticorrupción

Desde que el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori decidió huir a Japón en Noviembre del año 2000 a fin de evitar las investigaciones que, por actos de corrupción y otros graves delitos, se habían activado a raíz de la aparición del video en el que se observa a Montesinos sobornando a un congresista de la oposición, el Perú ha insistido en la necesidad de que sea extraditado a fin de que enfrente su responsabilidad ante los tribunales peruanos.

Pocos días antes de la fuga, la Procuraduría Ad-Hoc para el caso Montesinos pidió que se abra investigación contra el presidente, quien se encontraba en plenitud de sus funciones a raíz de las declaraciones del hermano del tristemente célebre narcotráficante colombiano Pablo Escobar Gaviria, quien lo comprometió en la recepción de dinero procedente del narcotráfico para el financiamiento de su campaña.

A la caída del régimen, y producto de las múltiples investigaciones que se activaron ante la evidencia de que Fujimori y Montesinos habían montado una verdadera red criminal en el poder, surgieron una serie de cargos contra el ex presidente. Múltiples testigos y abundante documentación comprometían la participación de Fujimori en diversos delitos. En base a estos elementos probatorios, el gobierno peruano remitió varias solicitudes de extradición solicitando al Japón la entrega de Fujimori para que sea juzgado penalmente en el Perú.

La extradición es una institución jurídico-política en virtud de la cual un Estado requiere a otro la entrega de una persona (*extraditurus*) que ha delinquido en su territorio, a fin de que sea juzgado por los delitos cometidos. La extradición será pasiva para el país que recibe el pedido y activa para el que la plantea. Normalmente, está regulada en tratados bilaterales o multilaterales, aunque en ausencia de éstos, puede fundamentarse en el principio de reciprocidad. Se trata de una institución mixta, pues interviene tanto el Poder Judicial como el Ejecutivo.

En virtud de esta institución, se busca evitar la persecución política y el ejercicio arbitrario del ius puniendi por parte del Estado reclamante, motivo por el cual el país requerido debe verificar el cumplimiento de ciertas formalidades que justifiquen la entrega, a saber: que la solicitud no se sustente en delitos políticos (o conexos o complejos), que cumpla con el principio de la doble incriminación (que los hechos imputados sean delito en ambos países), que se encuentren sancionados con una pena superior al año de privación de libertad y que no hayan prescrito. Para cumplir con el propósito de la entrega, el país reclamante debe acompañar a la solicitud de extradición la documentación básica que justifique su pedido y que permita evaluar al reclamado el cumplimiento de los requisitos antes descritos.

En cumplimiento de estas previsiones legales, el gobierno del Perú, al confirmarse que Fujimori se había cobijado en el Japón, planteó 12 solicitudes de extradición para que dicho país proceda a la entrega del ex presidente. Más allá de las complejidades burocráticas que implica un trámite internacional de esta naturaleza (selección, legalización y traducción oficial de los documentos al japonés), el Perú se enfrentó a la esquiva actitud del gobierno nipón, el que, considerando a Fujimori un súbdito nacional, optó por el silencio y la dilación del procedimiento, pretextando argumentos formales, razón por la cual, pese a que transcurrieron más de 5 años, nunca hubo respuesta al requerimiento peruano.

Sorpresivamente, en un aparente afán de acercarse al Perú, en la creencia de que su presencia física en un país vecino generaría en el contexto previo a la elección presidencial una suerte de agitación popular que lo devolvería triunfante al país en hombros del pueblo, Fujimori decidió abandonar su infranqueable refugio japonés para dirigirse a Chile. Craso error. No contó con que la candidata y virtual presidenta Michell Bachelet iba a exigir su detención, la que se produjo horas después de su arribo e irregular ingreso a la capital chilena.

Enterado de esta situación, el Perú procedió a plantear las 12 solicitudes de extradición al nuevo país de refugio del prófugo ex presidente, basándose en el tratado bilateral que para tales efectos existe entre ambas naciones y en el Código Bustamente. Dado el tiempo transcurrido desde que se iniciaron las investigaciones en el Perú, el cúmulo de evidencia se ha incrementado significativamente, lo que auguraba una resolución favorable a los intereses del Perú.

De acuerdo al procedimiento previsto en la jurisdicción chilena, la solicitud debe ser resuelta previo dictamen del Ministerio Público por un magistrado instructor de la Corte Suprema, para ser decidida definitivamente por la Segunda Sala de la Corte Suprema.

Es asi como semanas atrás emitió su dictamen la Fiscal Maldonado, la que luego de un prolijo análisis caso por caso, y después de constatar el cumplimiento de los requisitos formales, llegó a la conclusión de que Fujimori debía ser entregado por todos los cargos por los que era reclamado, menos por el caso denominado "tractores chinos" (que en su opinión era una mala compra pero no un delito) y por el delito de asociación ilícita para delinquir (al sostener equivocadamente, ya que la ley no exige un criterio de temporalidad, que no se habría tipificado porque la organización delictiva no se creó antes de llegar al poder). Sin embargo, a lo largo de su opinión, la Fiscal sostiene enfáticamente que todos los demás delitos están debidamente acreditados y que existe "prueba suficiente" y "presunciones fundadas" de la responsabilidad penal de Fujimori en su comisión. Particularmente en los casos de violación a los derechos humanos denominados "Sotanos SIE" y "Barrios Altos/La Cantuta", la Fiscal sostiene que la abundante documentación y los múltiples testimonios justifican la aplicación de las teorías de la "responsabilidad superior" o de la "empresa criminal conjunta", lo que permite afirmar la responsabilidad del extraditurus en calidad de co-autor o instigador, respectivamente.

Sin embargo, sorprendiendo a tirios y troyanos, incluidos los propios fujimoristas, el juez Orlando Alvarez emitió el fallo de primera instancia denegando la extradición en todos los casos.

¿Cómo es posible que el fallo del Juez sea radicalmente opuesto al de la Fiscal?

Tan disímil opinión se explica porque el Juez, pese a que señala que sólo deben "existir presunciones fundadas de participación criminal del inculpado", luego se contradice y, en una interpretación indebida del art. 647° del Código de Procedimientos Chileno, exige prueba plena de la responsabilidad del extraditable.

Ignora el Juez Alvarez que el objeto de una extradición es entregar al solicitado para que sea juzgado por el país requirente. Siendo esto así, ¿qué sentido tiene que lo juzgue previamente el juez de la extradición? Quien evalúa la extradición sólo tiene a su disposición un resumen de los expedientes penales y, por lo tanto, no cuenta con los elementos necesarios para hacer un juicio de responsabilidad plena. De otro lado, en la extradición no existe la inmediación, principio fundamental que orienta todo proceso penal garantista y que exige que el Juez penal tenga al frente al imputado y a todos los actores del proceso a fin de relacionarse personalmente con ellos. Normativamente hablando, el Juez Alvarez se atinca en lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales de Chile (de 1904), en cuanto exige que se acredite la responsabilidad del extraditable, pero obvia lo dispuesto por el Código Bustamante (suscrito por Chile), ley posterior (1928) y especial para estos efectos, el mismo que dispone que la extradición procederá cuando existan al menos "indicios racionales" de la responsabilidad del extraditurus (art. 365° inc.1). Al pretender determinar la culpabilidad o inocencia de Fujimori sin contar con los elementos probatorios ni la inmediación, el Juez incurre en un sinnúmero de errores, a los que agrega un análisis totalmente sesgado de la prueba contenida en los cuadernillos de extradición, llegando al extremo de sólo conceder valor a las pruebas de descargo, desestimando la abundante prueba de cargo.

A raíz del escándalo que ha motivado este fallo, diversas publicaciones han señalado que detrás de esta actitud habría un prejuicio ideológico en el magistrado chileno, quien anteriormente se habría pronunciado para exculpar a Pinochet de casos tan graves como el de la "Caravana de la Muerte" y las cuentas corruptas descubiertas en el Riggs Bank.

Queda esperar que la Corte Suprema corrija este despropósito y que, por el bien del país, tengamos pronto a Fujimori rindiendo cuenta por sus crímenes ante la justicia peruana.

Urgente. Aviso previo a ejecución judicial.

Cecilia O'Neill

Imagina la siguiente situación. Tienes una tarjeta de crédito en Saga o Ripley. No pagas. Te requieren el pago varias veces y no cumples. Podrías no estar de acuerdo con la cantidad que te cobran, pero para eso negocias o te vas a un juicio. Quien te da el crédito te demanda, pero en paralelo sigue requiriéndote el pago. Lo natural es que no te pida que por favor cumplas, sino que actúe con firmeza exigiendo -no pidiendo- que le pagues de inmediato. Si lo haces, se acaba el proceso judicial; si no, el juicio continúa y si pierdes, te sometes a la posibilidad de que te embarguen.

La situación descrita ocurrió hace varios años cuando además de los requerimientos razonables que cualquier acreedor insatisfecho haría, se mandaban "hombrecitos amarillos" a humillar y perturbar a los deudores. Queda claro que esas hostilidades son un exceso y que son inconstitucionales por afectar el derecho al honor de los deudores.

Hace poco el Tribunal ha abordado nuevamente el tema. Esta vez no hay "hombrecitos amarillos", pero sí un acreedor naturalmente molesto porque no le pagan (Exp. N° 5637-2006-PA/TC). El deudor se sintió ofendido por el tono de los avisos y pidió al INDECOPI que sancione a la empresa de cobranzas. INDECOPI dijo en sus dos instancias que no se afectaron sus derechos de consumidor. El deudor prefirió un amparo antes que una acción contencioso administrativa (eso entonces no era un problema, pues el amparo no era residual).

El aviso de cobranza que se cuestiona dice varias cosas: (i) que existe un proceso; (ii) que los requerimientos de pago no han sido atendidos; (iii) que "daremos por iniciadas las medidas cautelares que nos franquea la ley"; y, (iv) presenta un sello con el texto "URGENTE. AVISO PREVIO A EJECUCIÓN JUDICIAL".

La sentencia de primera instancia en el amparo es insólita: la empresa de cobranzas se arrogó atribuciones del Estado, pues para embargar bienes se requiere autorización judicial. Obvio. En el aviso no se sugirió lo contrario. La Corte revocó la sentencia, desestimando la demanda. El Tribunal Constitucional, en cambio, considera que se ha lesionado el derecho al honor y la buena reputación del demandante.

Según el Tribunal, los requerimientos de pago "deben efectuarse con escrupuloso respeto de las condiciones que para tal fin establecen las respectivas normas jurídicas. Si se procede de modo contrario, se habrá producido una lesión del derecho fundamental al honor".

Sugiero a los acreedores que de ahora en adelante requieran el pago con delicadeza, pues de lo contrario podrían herir la susceptibilidad de sus deudores. Con este criterio, un requerimiento de pago a un moroso tendría que hacerse casi pidiendo permiso. No me atrevo a descartar que bajo esta premisa, en vez de recibir lo que le deben, el acreedor termine pagando una indemnización por daño moral. El mundo al revés.

El tema no queda allí. El Tribunal exige que los requerimientos no aludan a la posibilidad de ejecución forzada sin indicar expresamente que esto sólo es posible con autorización de un juez. Para empezar, en el caso sí se indicó que el aviso era previo a una ejecución judicial. Pero además, el Tribunal revela que el estándar exigible a los consumidores es diminuto: presume que el consumidor de un crédito es tan ignorante sobre el alcance de sus derechos, que podría creer que le van a embargar sus bienes sin que un juez lo autorice. El paternalismo es traba para el crecimiento.

Pero hay más. No es sólo la empresa de cobranzas quien afectó el honor del deudor, sino que el INDECOPI es una suerte de "cómplice" en este mismo ilícito. Incluso si se hubiese vulnerado los derechos del deudor como consumidor, ello no legitima al Tribunal a interferir en las decisiones de INDECOPI, aunque éste se hubiera equivocado al resolver. El tema de fondo en el proceso administrativo podría haberse discutido en un proceso contencioso-administrativo. Se optó más bien por la vía del amparo alegando que INDECOPI afectó el derecho al debido proceso, pero el propio Tribunal excluyó este tema de la controversia.

Atribuir la supuesta infracción a quien en ejercicio de sus atribuciones debe analizar si en efecto se cometió, es descabellado. Tanto, como pretender que un juez que desestima una denuncia por calumnia es culpable del delito contra el honor. Con el criterio del Tribunal, que se cuide el INDECOPI si la infracción supuestamente cometida ha causado daños a la integridad física de un consumidor de producto defectuoso. Si descarta la infracción, podrían denunciar a sus funcionarios por lesiones.

Además de ser paternalista, la decisión del Tribunal Constitucional atenta contra la autonomía de las entidades administrativas.

AVISO URGENTE. SE NECESITA CAMBIAR LA DECISIÓN.

¿Son inconstitucionales las jornadas atípicas?

Andrea Vera
Alumna de séptimo ciclo de Derecho de la PUCP

En la actualidad, el sector minero en el Perú alcanza niveles elevados de producción debido a que las empresas dedicadas a esta actividad económica cuentan con trabajadores que contribuyen a su desarrollo. No obstante, la duración de las jornadas laborales de estos trabajadores ha sido objeto de debate debido a que las interpretaciones de la normatividad vigente sobre tiempo de trabajo presentan matices en la regulación de estas jornadas y en ocasiones discrepan con lo establecido en la Constitución.

En las jornadas atípicas se labora por varios días seguidos en faenas superiores a las 8 horas y son compensadas con varios días de descanso consecutivo. En ese sentido, existen 2 posiciones con respecto a la duración de las jornadas atípicas: las que consideran que son de 8 horas diarias o 48 semanales; y las que consideran que son de 8 horas y 48 semanales.

Con respecto a la primera postura, la Constitución de 1993 establece en su artículo 25º que estas jornadas no pueden superar el máximo de 8 horas diarias o 48 semanales. Del mismo modo, la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo dispone que las jornadas atípicas máximas son conformes a lo dispuesto en la Constitución. El Ministerio de Trabajo, a través de sus informes, también se inclina por esta posición.

El Convenio Nº 1 de la OIT suscrito por el Perú, que limita las horas de trabajo en las empresas mineras, precisa que la duración del trabajo del personal no podrá exceder de 8 horas por día y de 48 por semana. Asimismo, en su articulado precisa como excepción que cuando los trabajos se efectúen en equipo, la duración sí podrá sobrepasar las 8 horas diarias y las 48 semanales, siempre que el promedio de horas de trabajo calculado para un período de 3 semanas u otro más corto, no exceda del máximo permitido.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano por medio de la sentencia de Expediente Nº 4635-2004-AA/TC a favor de los trabajadores de Southern Perú Copper Corporation, estableció que tratándose de jornadas atípicas y en cualquier tipo de actividades laborales, el tiempo de trabajo debe considerarse tomando como máximo el límite de las 8 horas diarias y el de las 48 horas semanales. No obstante, consideramos que tal interpretación es incorrecta, ya que bajo ese supuesto, no podrían desempeñarse labores durante 5 días de 9 horas, pues excedería las 8 horas diarias.

Finalmente, consideramos que las jornadas de trabajo atípicas no son inconstitucionales y deben tomarse en cuenta según el criterio de 8 horas diarias o 48 semanales como máximo, en un período de 3 semanas consecutivas, de manera que las empresas mineras puedan maximizar sus beneficios respetando el tiempo de trabajo establecido constitucionalmente. En ese sentido, consideramos que no existe contradicción entre lo establecido por la Constitución y las normas del ordenamiento nacional e internacional, sino que éstas deben interpretarse de manera conjunta sin dejar de lado los derechos de los trabajadores mineros.

THĒMIS

Revista de Derecho





ARBITRAJE

TEMA CENTRAL

Roger Rubio Guerrero
César Landa Arroyo
Fernando Cantuarias Salaverry
Fernando de Trazegnies Granda
Alfredo Bullard González
Ana María Arrarte Arisnabarreta
Shoschana Zusman Tinman
Franz Kundmüller Caminiti
Roberto Dañino Zapata
Carlos Ignacio Suarez Anzorena
José María Alonso Puig
Henri C. Alvarez

MISCELÁNEA

Paul Phumpiu Chang
Jeanette Aliaga Farfán
Lorenzo Bernaldo de Quirós
Claudio Lava Cavassa
Fernando del Mastro Puccio

ENTREVISTAS

Richard Rorty
Carlos A. Manfroni
Aaron Ciechanover
Luca Mezzetti
Francisco Díaz Revorio

MESA REDONDA

José Miguel Sánchez Tomás
Marisol Fernández Revoredo
Armando Nieto Vélez
Patrick McCarthy

POSTURAS ENCONTRADAS

Héctor Bellido
Jacobo Dopico

53

EDICIÓN

THEMIS - 2do piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Teléfono: 626-2000 anexo 5391. Fax: 442-7571 themis@pucp.edu.pe